
FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Caroline de Assis e Silva Holmes Lins

Presidente Prudente/SP

2012

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Caroline de Assis e Silva Holmes Lins

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Doutor Mário Coimbra.

Presidente Prudente/SP
2012

ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Mário Coimbra
Orientador

Antenor Ferreira Pavarina
Examinador

Eduardo Buzetti Eustachio Bezerra
Examinador

Presidente Prudente, 27 de outubro de 2012

Ao meu avô, cuja lembrança ecoa tão eterna
quanto minha saudade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, amiga e melhor professora, de quem recebo os melhores exemplos que tenho. Obrigada pelo tempo despendido orientando-me na vida, e, em ocasião especial, de forma imprescindível para este trabalho.

Ao meu segundo pai e primeiro mestre, a quem guardo minha maior admiração acadêmica e pessoal.

À minha avó. O carinho que temos, uma pela outra, me serve de incentivo para cada dever assumido.

À minha irmã e amiga; pela amizade e convivência, de inestimável apreço.

Ao meu, também professor, Eduardo, que de forma tão receptiva aceitou o convite para integrar a banca examinadora, e se tornou meu terceiro orientador. Sua atenção foi de inimaginável relevância para a conclusão deste trabalho.

À minha amiga Karla, cujo companheirismo alegra minhas manhãs.

RESUMO

O trabalho é dedicado ao estudo da prova ilícita, regramento consubstanciado no ordenamento jurídico brasileiro de forma proibitiva. Entretanto, a irreduzibilidade de tal comando tem se traduzido como obstinação da melhor justiça, razão pela qual são suscitadas teorias que advogam pela inadmissibilidade ou admissibilidade da prova ilícita. Inelutável se mostra, na decorrência do trabalho, a relativização da vedação da ilicitude probatória, que hoje é suportada pela doutrina e jurisprudência. Resta concluir se a mitigação da proibição é válida tanto em favor do réu quanto em favor da sociedade, ou se encontra sua validade, tão somente, quando for ao réu favorável. Por derradeiro, conclui-se pela admissibilidade das provas ilícitas em favor do réu, descabida em seu desfavor.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Princípios gerais da prova. Admissibilidade. Inadmissibilidade. Teorias informativas da (in)admissibilidade das provas ilícitas.

ABSTRACT

The article is dedicated to the study of the unlawful evidences, ruled in the Brazilian legal system prohibitively. However, the irreducibility of such a command has been translated as an obstinacy for a better justice, raising theories that advocate for the admissibility of the unlawful obtained evidences. Ineluctable is the relativization of the legal norm, which is supported by doctrine and jurisprudence. Remaining to conclude whether the mitigation is valid for both, society and defendant, or if the validity is only recognized when favorable to the defendant, the work concludes for the admissibility of the unlawful evidence only in favor of the defendant.

Keywords: Unlawful evidences. General principles of evidences. Admissibility. Inadmissibility. Informational theories of the admissibility or inadmissibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA PROVA.....	12
2.1 Conceito.....	12
2.2 Finalidade.....	12
2.3 Objeto.....	13
2.4 Destinatário.....	14
2.5 Classificação.....	14
2.5.1 Quanto ao objeto.....	14
2.5.2 Quanto ao efeito ou valor.....	15
2.5.3 Quanto ao sujeito ou causa.....	15
2.5.4 Quanto à forma ou aparência.....	16
3 DOS SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS.....	17
3.1 Sistema místico ou religioso.....	17
3.2 Sistema da prova legal, tarifada ou certeza moral do legislador.....	20
3.3 Sistema da livre convicção, sentimental ou da certeza moral do juiz.....	22
3.4 Sistema da livre convicção motivada, persuasão racional ou científica.....	23
4 SISTEMAS DE APRECIÇÃO DE PROVA ADOTADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	25
5 PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA.....	28
5.1 Princípio da verdade real.....	28
5.2 Princípio da auto-responsabilidade das partes.....	30
5.3 Princípio da audiência contraditória.....	30
5.4 Princípio da comunhão.....	30
5.5 Princípio da oralidade.....	31
5.6 Princípio da publicidade.....	31
5.7 Princípio do livre convencimento motivado.....	32
6 MEIOS DE PROVA.....	33
7 DIREITO A PROVA.....	34
8 DA PROVA ILÍCITA.....	37
8.1 Conceito e considerações iniciais.....	37
8.2 Provas ilícitas, ilegítimas e irregulares.....	38

8.3	Incongruência do veto do § 4º do artigo 157.....	39
8.4	Problemática das provas ilícitas no processo penal.....	41
8.5	Prova ilícita por derivação ou teoria dos frutos da árvore envenenada.....	42
9	TEORIAS INFORMATIVAS DA (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS.....	46
9.1	Inadmissibilidade da prova ilícita ou corrente obstativa.....	46
9.2	Admissibilidade da prova ilícita ou corrente permissiva.....	47
9.2.1	Admissibilidade da prova ilícita pelo critério da proporcionalidade.....	48
9.2.1.1	Críticas ao critério da proporcionalidade.....	50
9.3	Admissibilidade da prova ilícita em favor do réu.....	51
9.4	Teoria da exclusão da ilicitude da prova.....	53
9.5	Admissibilidade da prova ilícita em favor da sociedade.....	54
10	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
11	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

As provas são responsáveis por introduzir na seara processual a verdade fática do mundo. Tal responsabilidade surtiu normatização acerca da entrada das provas no âmbito processual, de sorte que são barradas aquelas cujo meio de obtenção é ilícito. Assim, a verdade deixa de ser conhecida pelo não recebimento processual destas provas, sendo inevitável considerar a relativização daquela norma.

A complexidade do tema que envolve este trabalho, sua relevância jurídica e sua idoneidade a suscitar posicionamentos bastante peculiares foram suficientemente intrigantes para excitar interesse e curiosidade acerca do assunto, culminando na oferecida obra.

Interessante a análise da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente no processo penal à luz do princípio da proporcionalidade, rememorado, também, o princípio da verdade real, visando o resgate da admissão destas provas, a fim de se atingir um bem maior, qual seja, garantir a proteção da coletividade, bem como a justiça, impedindo que a radicalização e o absolutismo daquela regra torne as provas ilícitas caminho para a impunidade ou injustiça.

A doutrina reconhece cinco teorias acerca do tema, cada qual inspirando a escolha do assunto por sua persuasão.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVI, erigiu como preceito constitucional serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Atualmente, a regra constitucional tem sido mitigada, quando interpretada em conjunto com o princípio da proporcionalidade e o princípio da verdade real, fazendo-se uma análise sistêmica da Carta Maior.

Contudo, há resistência quanto à unanimidade deste entendimento, sendo a regra estabelecida no artigo 5º às vezes ainda vista como absoluta, não merecendo qualquer interpretação restritiva de seu conteúdo.

São entendimentos divergentes, posicionando-se, uns, no sentido da absoluta inadmissibilidade das provas tidas como ilícitas, outros, proclamando a sua admissão, e, por derradeiro, e mais dignos de aceitação, há aqueles que defendem a mitigação da inadmissibilidade, observadas casuísticas.

Para a construção do estudo, o trabalho foi fracionado em capítulos. Os primeiros capítulos foram dedicados à apresentação do instituto da prova no processo penal brasileiro e às questões genéricas que o envolve. Ulteriormente, as provas foram contextualizadas à temática da ilicitude, revelando a cisão jurídica quanto à a sua admissibilidade ou não. Finalmente, foram denunciadas as teorias que informam a problemática, concluindo pela admissibilidade das provas ilícitas e, por conseguinte, da mitigação do regramento, contudo, com a ressalva de que tal admissibilidade não pode ser aplicada quando em favor da sociedade.

Foi considerado o método dedutivo, tecendo comentários genéricos acerca das provas no processo penal, para em momento posterior inserir o instituto na temática específica das provas ilícitas. O método comparativo, outrossim, foi empregado, conduzindo à conclusão a partir de um juízo comparativo entre as argumentações desfavoráveis e favoráveis da prova ilícita, *pro societate* ou *pro reo*.

2 DA PROVA

2.1 Conceito

A prospecção da verdade é juridicamente determinante para frustrar a injustiça. As provas veiculam estas verdades, porquanto, o conteúdo das provas visa, grosso modo, demonstrar a culpa ou a inocência dentro dos parâmetros do processo penal, sendo imprescindível e decisivo para que o processo garanta a mais plena justiça.

Como bem ensina Mittermaier (1997, p. 55), “[...] a condenação repousa sobre a certeza dos fatos, sobre a convicção que se gera na consciência do juiz. A soma dos motivos geradores dessa certeza chama-se a prova”.

As provas têm em si, desde sempre, o precípua encargo de produzir o convencimento do juiz, seja em favor da acusação, seja em favor do acusado. Percebia-se, já nos tempos mais primórdios, a busca fiel à veracidade dos fatos, destinando-se, as provas, à reconstrução da verdade no processo.

2.2 Finalidade

A finalidade probatória, quase que intuitiva, pode ser extraída do próprio conceito de prova.

A finalidade precípua da prova é o convencimento do magistrado. Contudo, para que isto ocorra, em outras etapas é possível observar finalidades intrínsecas. As provas encarregam-se, em um primeiro momento, em erigir justa causa, ofertando resquícios ainda que mínimos da infração penal, viabilizando a ação penal. Ademais, prontificam-se a reconstruir a realidade no processo, objetivando o convencimento do magistrado, tendo como fluência a indubitosa convicção quanto à culpabilidade ou inocência.

Destarte, entende-se por finalidade das provas a criação de um suporte probatório, batizado juridicamente de justa causa, a fim de viabilizar a ação penal, que, quando admitida, o escopo probatório passa a ser no sentido de disseminar a verdade na seara processual, convencendo o magistrado de que está pronto para julgar inequivocamente.

2.3 Objeto

O réu não se defende da tipificação jurídica a ele atribuída, senão dos fatos a ele imputados. A partir disto, têm-se como objeto de prova os fatos cuja veracidade há de ser comprovada no fluxo da marcha processual.

Entretanto, não estão todos os fatos adstritos ao reconhecimento de sua exatidão, de modo que escapam a este controle os fatos irrelevantes ou impertinentes, notórios e costumeiros.

Os fatos irrelevantes ou impertinentes são indeterminantes para o processo, vagos, de conteúdo oco, que pouco importam na condução probatória. Porquanto, independem de comprovação.

A notoriedade dos fatos os desobriga de ter demonstrada sua autenticidade. É por óbvio que um fato por todos sabido é de inútil comprovação. *Notoriavel manifesta non egent probatione*, isto é, os fatos notórios ou manifestos não precisam de comprovação.

Os fatos costumeiros são práticas assíduas observadas na convivência da coletividade e que, portanto, não são inéditos, prescindindo de comprovação. É a máxima da experiência, que consiste em um raciocínio de previsibilidade dos fatos narrados, admitido pela experiência.

Neste sentido, acertadamente elucidada Tourinho Filho (2010, p. 554): “São juízos formados antes *o quo plerumque accidit* (o que normalmente acontece) “e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de cultura média””.

Finalmente, as presunções absolutas, *juris et de jure*, não requerem comprovação. Ao revés, são objeto de prova as presunções relativas (*juris tantum*),

que podem ser refutadas por provas em sentido contrário, razão pela qual são submetidas à atividade probatória.

2.4 Destinatário

O destinatário imediato da prova é o magistrado, cabendo-lhe, ao apreciar as provas, formar sua convicção.

Pode-se também falar em destinatário mediato das provas, quais sejam; as partes litigantes.

Pelo princípio da comunhão de provas, uma vez introduzidas no processo, todos os agentes processuais podem dela se valer. Neste sentido, vislumbra-se que o destinatário da prova são os agentes processuais – o magistrado diretamente e as partes indiretamente.

2.5 Classificação

2.5.1 Quanto ao objeto

Quanto ao objeto, a classificação de prova é atinente à eloquência de provar o fato por ela comportado.

A prova direta é a prova eloqüente, autossuficiente e idônea para comprovar o fato a ela atrelado.

A prova indireta carece desta expressividade, aqui, a comprovação do fato se dá mediante presunção, fruto de raciocínio imposto pela prova, que autentica a pretensão probatória.

Tanto a prova direta quanto a prova indireta são aptas a comprovar o fato e inspirar certeza quanto ao seu conteúdo, contudo, por métodos diferentes, prescindindo a direta de esforços cognitivos.

2.5.2 Quanto ao efeito ou valor

A classificação quanto ao efeito ou valor refere-se pelo nível de certeza que a prova inspira em seu destinatário.

A prova plena inspira um juízo de certeza, preparando o magistrado a se posicionar no sentido da condenação ou da absolvição.

A prova não plena ou indiciária deixa margens receptivas à incertezas, sendo insuficiente para tranquilizar o magistrado a condenar ou absolver.

Malgrado a prova plena ser mais eficaz à atividade probatória, a prova não plena não é inutilizada no processo penal brasileiro. É, pois, suficiente para a decretação de prisão preventiva meros indícios de autoria delitiva e materialidade (prova plena do fato), sendo dispensada a certeza autoral para que a prisão seja factível, alicerçando-se este pressuposto da prisão preventiva em prova não plena.

Nesse sentido, pondera Ada Grinover (2010, p. 113):

Para a prova de certos fatos, o legislador exige apenas um juízo de verossimilhança e, para outros, que a prova seja convincente *prima facie*: para a condenação penal, por exemplo, é necessário um elevado grau de certeza sobre a prova do fato e da autoria; havendo dúvidas, o juiz deverá absolver por insuficiência de provas (art. 386, VII, do CPP, na redação da Lei 11. 690/2008). Já, para a decretação da prisão preventiva, deverá haver prova (plena) da existência do fato e “indícios suficientes” (*rectius*, prova semiplena) de autoria (art. 312 do CPP).

Porquanto, tanto a prova plena quanto a prova não plena ganham relevância jurídica, sendo diferenciadas, sob o prisma processual, por sua (in)suficiência para a prática de atos.

2.5.3 Quanto ao sujeito ou causa

Trata-se da origem da prova, por quem ou pelo o que ela é emanada.

Assim, a prova real é aquela atestada por fontes materiais, são exemplos as evidências e vestígios do fato criminoso.

A prova pessoal, por seu turno, é aquela cujo fornecedor, vale dizer, físico, tem conhecimento do fato.

2.5.4 Quanto à forma ou aparência

A classificação quanto à forma ou aparência é atinente ao rótulo dado à prova na seara processual.

Destarte, a prova testemunhal é aquela colhida por asserção de agentes convocados no processo.

A prova documental oferece o registro de fato processualmente relevante, expondo as atividades volitivas de seus participantes, viabilizando comprovação.

Com palavras bem empregadas, elucidam Nestor Távora e Rosmar Alencar (2012, p.379): “[...] é o elemento que irá condensar graficamente a manifestação de um pensamento.”

A prova material é aquela idônea à comprovação por ter presenciado o fato, sendo dele vestígio.

Com eminência, Nestor Távora e Rosmar Alencar (2012, p. 379) conceituam prova material: “[...] simboliza qualquer elemento que corporifica a demonstração do fato.”.

3 DOS SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS

Foram muitos os modos de apreciação das provas na história do processo penal. Os sistemas de apreciação das provas serão demonstrados de forma anacrônica, aleatória, haja vista não ser possível ter inequívoca certeza da linha temporal entre tais sistemas.

3.1 Sistema Místico ou Religioso

A Idade Média muito influenciou no apego à verdade formal; o meio de prova mais utilizado era a tortura, instrumento judicial que visava a busca da verdade. Tão logo influenciados pelo direito germânico - com a única diferença de que era despercebida a relação religiosa - predominavam os “Juízos de Deus”.

O sistema ordálico obrigava o juiz a aceitar o resultado de uma prova física como base de sua decisão. Por tal sistema, normalmente o acusado era submetido a um teste físico, cujo desfecho traçava o veredito da prática delitiva que lhe era atribuída. As ordálias constituíram sistema em que o juiz, parafraseando Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 272), “assumia, grosso modo, o papel de fiscal do resultado delas”.

Há certa resistência em admitir este sistema como o primeiro de valoração das provas, haja vista a rudimentar sociedade que se organizara para tanto.

Ademais, muito embora seja reconhecida como sistema de apreciação probatória, esta fase mais implica em meio de produção de provas - e não sistema de valoração de provas - uma vez que o resultado destes testes eram usados em desfavor ou a favor de alguém, de forma não a provar um fato, mas a imputar a alguém a condição de culpado ou inocente, valer dizer, não se tratava de apreciação de provas já produzidas, senão de produção instantânea de provas.

Era o sistema religioso, que retrata na história do direito processual penal a irracionalidade quanto à apreciação de provas.

As principais provas deste período eram:

a) Prova da água fria: verificava-se a inocência ou culpa do agente atirando-o na água, sendo que se submergisse, seria inocente, caso contrário, culpado.

b) Prova do ferro em brasa: o acusado tinha de percorrer uma chapa de ferro em brasa com os pés descalços. Ao final, constatava-se a culpa ou inocência conforme a inocuidade ou queimaduras que lhe foram causadas pelo procedimento.

c) Prova *judicium affae*: o agente, neste caso, devia ingerir vasta quantidade de alimentos, sendo que sua recusa implicava em culpa.

d) Prova do pão e do queijo: o acusado era obrigado a engolir pedaços de pão e pedaços de queijo. Este procedimento era, no mais das vezes, endereçado a pessoas debilitadas, em razão de sua fragilidade e probabilidade em não conseguir concluir o teste com êxito.

Além das ordálias, alusivas a vassalagem, por ora também eram submetidos ao duelo judiciário ou ao juramento.

Tendo em vista a reiteração de juramentos falsos, foram instaurados os conspurgadores, onde um terceiro jurava no lugar da parte, depositando mais credibilidade, o que se traduzira em verdadeira fiança judiciária.

Os duelos, efetuados para que se pudesse provar a inocência, poderiam ser feitos até mesmo entre o acusado e o juiz.

Destarte, era nítida a predominância da verdade formal sobre a verdade material; o juiz era impulsionado a embasar sua decisão consoante o que as ocorrências da prova física apontavam, embora nelas não depositasse sua mais plena crença.

Todavia, embora ainda restassem vestígios fortes desta preferência à verdade formal no campo probatório – preferência esta advinda, mormente, da Idade Média – as ordálias já não eram vistas de forma irrefutável. Isto abriu margem a novos métodos e experimentos processuais, visando à obtenção da verdade, agora correspondente à verdade material.

Esta transição ora mencionada da tímida tendência para a verdade material se deu de forma paulatina; foi tratada de forma bastante cautelosa, de tal maneira que não se admitia ainda uma teoria nova e completa do sistema probatório prestigiando a prova material, mas, já se verificava que as sentenças eram

proferidas embasadas na legítima convicção do juiz, observadas as regras processuais antes vigentes, e não mais consoante a “voz de Deus” indicada nas ordálias.

Ulteriormente, com consciências mais centradas, adveio o Direito Canônico, prontificando-se a patrocinar a consolidação da verdade material, de tal forma a extirpar os Juízos de Deus e outros que consagravam tão somente a verdade formal. O juiz era impelido a apurar a verdade por todos os meios que lhe fossem alcançáveis; não se conformando apenas com a verdade processualmente construída, buscando, então, obrigatoriamente, a verdade material. Todavia, a tortura ainda era utilizada como meio para se alcançar a verdade.

Na Grécia antiga não era factível uma valoração jurídica das provas. O julgamento do filósofo Sócrates, acusado de desvirtuar a juventude, criar novos deuses e introduzir cultos, culminou em pena de morte. Perante o júri popular, declarou ser ele inocente, sustentando autodefesa, denunciando a forma deficiente em que as provas eram valoradas até então: “Parece-me não ser justo rogar ao juiz e fazer-se absolver por meios de súplicas; é preciso esclarecê-lo e convencê-lo.” (OS PENSADORES, Coletânea, 1999, p. 8).

A partir deste momento, debruçaram-se os estudiosos criminalistas no direito romano e no direito canônico a fim de alicerçarem a teoria completa da prova. Desta dedicação, resultou a classificação de prova plena e prova semiplena, classificação esta que perdura até os dias hodiernos.

A Ordenança de José II tem sua relevância contextual; abolira a tortura, muito embora ainda permitisse a condenação fundamentada em meros indícios, e estabelecia sob quais condições isso seria possibilitado, isto é, sob quais condições a condenação embasada em meros indícios poderia ser realizada (MITTERMAIER, 1997, p. 23).

Bem assim fez a lei promulgada por Leopoldo, grão-duque da Toscana, em 1786, que aboliu a tortura, revelando a predileção da verdade material, na medida em que proibia que o acusado fosse submetido a qualquer procedimento injusto. (*ibid.*, p. 23)

A obra de Beccaria sintetiza que os melhores juízes do crime são os jurados, tendo em vista a inconformidade da certeza, imprescindível para o julgamento dos delitos, não poder se esgotar baseada em regras legais. (*ibid.*, p. 24)

Destarte, passou-se a considerar, na Alemanha, a instalação do júri, dando azo a estudos inovadores acerca das provas, estudos estes que se espelhavam na verdade material.

A teoria mais íntegra das provas tem berço na ordenança criminal da Baviera, acarretando, contudo, rigorosidades prescindíveis, as quais poderiam causar a impunidade do legítimo acusado, na medida em que exigia o legislador uma gama de condições para as provas que raras vezes poderiam ser atendidas.

Ante estas rigorosidades nada plausíveis, o projeto de lei para o Wütemberg conferiu, então, a elas um carácter meramente sugestivo, de forma a não mais ordenar a observância de cada condição para que a prova pudesse ser apresentada. Passou a ser, assim, uma recomendação. (*ibid.*, p. 29)

Por fim, foi instaurado, na Baviera, uma espécie de júri, no qual quatro juízes deliberavam questões de direito e cinco juízes deliberavam as questões de fato. Os juízes que decidiam as questões de fato deveriam proferir sua decisão consoante sua consciência, sem qualquer vínculo com as regras, apenas determinando a inocência ou culpa do acusado.

Na Inglaterra, os jurados poderiam ser incriminados pelo juiz se observado que proferiam decisão contrária à sua própria convicção.

Na França a defesa do acusado não era possível, sendo que o processo corria em segredo. Destarte, se o acusado fosse considerado inocente não precisaria de um defensor, mas, se fosse considerado culpado, não era factível sua defesa. Neste contexto, a figura do acusador e do julgador misturavam-se, e a confissão era adquirida mediante tortura.

As informações limitavam-se as averiguações, a colheita de provas, que eram adquiridas secretamente. O interrogatório do acusado era secreto e ensejador de juramento. O acusado, nestes termos, desconhecia as provas produzidas contra ele até o momento do interrogatório.

3.2 Sistema da Prova Legal, Tarifada ou Certeza Moral do Legislador

Esta fase é pacificamente tida como o primeiro sistema de apreciação de provas.

Consoante tal sistema, a cada prova era atribuído um valor, imutável e indiscutível, sendo que a partir disto cada prova tinha um peso peculiar, podendo-se falar em uma “tabela” dos valores probatórios.

Cada prova tinha correspondência a um valor previamente fixado, sendo sabida a repercussão que aquela prova teria no processo. Assim, o juiz não poderia agir de forma diferente, teria que observar esta tabela rigorosamente, não podendo se valer de sua livre convicção, devendo conferir o valor legal a que cada prova correspondia.

Foi na fase inquisitiva que este sistema teve sua maior repercussão. Isto porque, na fase inquisitiva, havia uma desconfiança genérica dos julgadores, sendo que o legislador estruturou o julgamento de tal forma que o julgador deveria obedecer a “tabela de valoração das provas”, não deixando margens para que um julgador parcial julgasse com seus próprios interesses.

Ademais, a possibilidade de o juiz agir erradamente na valoração das provas ensejou a adoção deste sistema, que desencadeou distorções jurídicas como, por exemplo, *testis unus*, *testis nullus*, onde o depoimento de uma única testemunha não tinha valor algum.

Não fosse suficiente, o depoimento de dez servos equivalia ao depoimento de um nobre. Assim sendo, é certo dizer que o juiz aqui não julgava consoante sua íntima convicção, embora estivesse convencido da veracidade dos fatos alegados por um servo, seu depoimento tinha um peso manifestamente menor do que o depoimento de um nobre, sendo que, nestes moldes, o depoimento falso de um nobre mais valia do que o depoimento verídico do servo. Não é possível falar de julgamento em compasso com a íntima convicção do juiz por este sistema. Esta é a crítica que mais recai sobre este sistema.

Retratam com fidelidade a fragilidade deste sistema Nestor Távora e Rosmar Alencar (2011, p. 378):

A lei estipula o valor de cada prova, estabelecendo hierarquia entre estas, aniquilando praticamente a margem de liberdade apreciativa do magistrado. Cabe à norma, previamente, aquilatar o grau de importância do manancial probatório, restando ao juiz, de forma vinculada, atender ao regramento.

Verifica-se que o juiz, preso aos ditames legais, era reduzido de julgador a mero remetente dos valores estipulados às provas produzidas, sendo que

a tabela de valoração das provas, de certa forma, por si só constituía o órgão julgador.

É facilmente identificada, nesta fase, uma hierarquia entre as provas, e o julgador, nestes termos, não era competente para valorar as provas, senão apenas associar ao valor cominado a ela previamente.

3.3 Sistema da Livre Convicção, Sentimental ou da Certeza Moral do Juiz

O berço deste sistema foi em Roma. Surgiu como reação ao sistema da prova tarifada. Aqui, não mais subsiste um valor legal para cada prova, cabendo, a sua avaliação, ao magistrado.

O juiz está autorizado, neste sistema, a apreciar as provas consoante a sua mais íntima convicção. Esta fase trouxe para o magistrado liberalidade ilimitada quanto à apreciação das provas; que tornara o sistema em apreço desacreditado.

Duvidando sobre a consistência deste sistema pondera Tourinho Filho (2011, p. 274):

O Juiz atribuiu às provas o valor que quiser e bem entender, podendo, inclusive, decidir valendo-se de conhecimento particular a respeito do caso, mesmo não havendo provas nos autos. Ele decide de acordo com a sua convicção íntima, sem necessidade de fundamentar a decisão.

Tão logo, indaga (*ibid.*, p. 274):

Aí está o inconveniente. A sentença revelaria, realmente, a íntima convicção do Juiz? Sentenciando, estaria o Juiz, na verdade, exteriorizando sua íntima convicção? Quem poderia afirmar que, na sentença, o Juiz a externou? Quantos Juízes não profeririam sentenças absolutórias, intimamente convencidos da culpabilidade e vice-versa?

Deveras, o vasto subjetivismo admitido neste sistema conduz a ocorrência de um perigo; o despotismo judicial, haja vista a concentração, por este sistema, de poderes ilimitados na apreciação das provas pelo juiz.

A decisão do juiz, aqui, é proferida em harmonia com sua consciência. É o sistema da íntima convicção. Contudo, o juiz não era obrigado a fundamentar

sua decisão - e por esse motivo havia despreocupação em motivá-la -, e nem tampouco a restringir seu conhecimento ao que constava nos autos.

Ilustram o cenário deste sistema Nestor Távora e Rosmar Alencar (2011, p. 378): “O juiz está absolutamente livre para decidir, despido de quaisquer amarras, estando dispensado de motivar a decisão. Pode utilizar o que não está nos autos, trazendo ao processo os seus pré-conceitos e crenças pessoais”.

Este sistema ainda é empregado nos ordenamentos jurídicos nos tribunais de honra, bem assim quando o crime for de competência do Júri.

3.4 Sistema da Livre Convicção Motivada, Persuasão Racional ou Científica

A implementação deste sistema é atribuída à Roma, tendo repercussão, também, nos códigos napoleônicos.

Nesta hipótese, o juiz também profere sentença em compasso com a sua convicção, desde que sua convicção seja devidamente fundamentada e alicerçada pelo constante nos autos, isto é, deve erigir sua convicção apenas com base no que lhe foi trazido no processo, sendo defeso construir sua convicção embasado em elementos extraprocessuais, isto é, periféricos ao processo. Já se reconhecia, aqui, a máxima latina: *quod neon est in actis non est in mundo*, ou seja, o que não se acha nos autos não existe no mundo.

O espírito desta determinação se espelha no princípio da comunhão de provas, onde a prova pode, por todos os sujeitos do processo, ser aproveitada, sendo que o juiz não pode formar sua convicção em provas que não foram trazidas nos autos, a saber: provas que apenas ele tenha conhecimento. As provas devem ser visualizadas sob o prisma processual, sendo pertences do processo, e não da parte que desencadeou sua produção. É o conteúdo do princípio da comunhão de provas.

As partes do processo também precisam aproveitar as provas, até mesmo para eventual pretensão recursal. Assim sendo, o recomendável é que o juiz ao conhecer de provas extraprocessuais as chame ao processo. A propósito, leciona Tourinho Filho (2011, p.275):

Não pode julgar de acordo com o conhecimento que possa ter extra-autos. Se o Juiz tiver conhecimento da existência de algum elemento ou circunstância relevante para o esclarecimento da verdade, deve ordenar que se carregem para os autos as provas que se fizerem necessárias.

Ademais, o princípio da sociabilidade do convencimento também norteia este sistema de valoração das provas; a leitura dos autos deve proporcionar o mesmo convencimento para indeterminadas pessoas, isto é, deve haver identidade de convicção entre o juiz e qualquer sujeito estranho ao processo que venha eventualmente a estudá-lo, o que só seria factível se os elementos construtores do convencimento do juiz estivessem presentes nos autos.

Destarte, o juiz embora possa agir de acordo com sua íntima convicção, tem liberalidade limitada quanto a sua produção; fica engessado às provas dos autos, sendo a ele defeso embasar sua convicção em provas ali não abordadas.

Ainda nesse contexto, acrescenta Tourinho Filho (2011, p. 275):

Se é certo que o Juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, por meio delas, a verdade material. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O Juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não está dispensado de motivar a sua sentença.

É o sistema abraçado pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos. É o sistema do livre convencimento motivado, sendo que toda decisão judiciária deve ser devidamente motivada, constringendo qualquer pretensão arbitrária por parte do juiz. Nesse sentido, o juiz deve consignar na sentença os motivos construtores de sua convicção e decisão, sob a hipótese de, se não obedecido, ocorrer a reforma pelo órgão jurisdicional de superior hierarquia, por interposição de recurso por qualquer das partes.

No livre convencimento motivado não há hierarquia de provas, sendo que o juiz é livre – limitadamente - no aperfeiçoamento de sua convicção.

Por derradeiro, cumpre observar que, partir dessas determinações – o juiz ter que edificar seu convencimento debruçado nas provas produzidas no processo e ter de fundamentar sua decisão -, é possível vislumbrar, de certa forma, o sincronismo que há da íntima convicção do juiz e a sentença.

4 SISTEMA DE APRECIACÃO DE PROVA ADOTADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No ordenamento jurídico pátrio, há unanimidade no sentido de que o sistema de apreciação de provas adotado é o sistema da persuasão racional, ou da livre convicção motivada. Por ele, entende-se que os juízes que atuantes no território pátrio apreciam as provas livremente para construção de sua convicção, desde que seja devidamente motivada sua decisão, seja ela de cunho condenatório ou absolutório.

Todavia, embora haja predominância manifesta deste sistema no ordenamento jurídico brasileiro, não é possível ignorar resquícios perceptíveis de outros sistemas de apreciação de provas no sistema processual penal brasileiro. O Código de Processo Penal traz situações próprias em que é possível verificar o emprego de outros sistemas.

O artigo 158 do Código de Processo Penal evidencia a adoção do sistema da prova legal, quando dispõe que: *“Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”*

Desta redação, tem-se o exame de corpo de delito como prova tarifada, haja vista a nulidade da qual resulta a inobservância da produção desta prova, ancorada no artigo 564, inciso III, alínea “b”, devendo este ser lido concomitantemente com o artigo 167. Nestes termos, não havendo vestígios, o que obsta o exame do corpo de delito, a prova testemunhal poderá supri-la.

Contudo, acarreta nulidade absoluta do processo a não realização do exame de corpo de delito nos crimes que deixarem vestígios, sendo prova cabal para tanto, revestida de imprescindibilidade, ganhando nítido valor diferenciado às outras provas no ordenamento jurídico, isto é, o legislador atribuiu maior valor àquela prova, resgatando o sistema de tarifação das provas. Vale dizer, há, neste caso, (in)consciente hierarquia de provas.

Neste contexto, estatuem Nestor Távora e Rosmar Alencar (2011, p. 378):

É o que ocorre com a previsão do art. 158 do CPP, ao exigir, nos crimes que deixam vestígios, que a materialidade seja provada com a realização de exame de corpo de delito, não servindo a confissão para suprir eventual omissão. A lei diz a prova adequada à demonstração da materialidade, rejeitando a confissão e elegendo a perícia como o meio a ser utilizado.

E concluem: *“É sem dúvida um resquício do sistema da prova tarifada.” (ibid., p. 278).*

A discussão na doutrina desta percepção de resquício de prova legal no ordenamento jurídico é no sentido de ser vestígio de tal sistema ou meio assecuratório implantado para resguardar as garantias constitucionais, discussão aqui incabível.

É também possível no ordenamento processual penal a observação de vestígio do sistema da convicção íntima. A prolação do veredito no Tribunal do Júri, pelo Conselho de Sentença ilustra o cenário em que há ocorrência de apreciação de provas por este sistema. Os jurados, na promulgação do veredicto, valem-se de sua íntima convicção, sendo desnecessário que motivem a formação de seu convencimento ou decisão, obrigando-se, tão somente, a escolher entre o “sim” e o “não” formulados na quesitação.

Ao juiz é cabível aplicar a pena em consonância com a consciência do Conselho de Sentença, este sim, ato devidamente motivado. Todavia, a condenação pelo Conselho está desvinculada às motivações, proferindo a condenação ou absolvição sem derivação de fundamentações.

Concluindo, muito embora haja predominância do sistema da persuasão racional no ordenamento pátrio, há excepcionais situações onde é possível visualizar a persistência de outros sistemas, quais sejam: o sistema da prova legal e o sistema da íntima convicção.

Destarte, é possível falar em uma coexistência de sistemas de apreciação de prova no nosso ordenamento jurídico, mesmo que um predominante e os dois outros minimamente e excepcionalmente empregados, não sendo mais possível a afirmação de que há um puro e exclusivo sistema vigente, olvidando as hipóteses supracitadas que, escapando da normalidade jurídica, fazem uso de outros sistemas.

Ante o panorama exposto, resta-nos inevitável conclusão: as provas trouxeram consigo, para o ordenamento jurídico pátrio atual, resquícios de alguns sistemas pelos quais eram valoradas. Autenticam esta ilação a constatação do

sistema da prova legal nos moldes do artigo 158 do Código Processual Penal e o sistema da convicção íntima no que tange ao Conselho de Sentença do ritual do júri.

Concluindo, não é incorreto dizer que o ordenamento jurídico acolheu o sistema da persuasão racional, porém, incompleto, esquecendo-se das duas hipóteses que admitem apreciação das provas por sistema diferente, sendo imprescindível o estudo das provas sob o prisma histórico para a construção desta consideração.

5 PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA

5.1 Princípio da Verdade Real

Para o melhor entendimento do princípio, faz-se mister a compreensão da verdade.

A verdade é a “identidade de uma representação com a realidade representada.” (LAROUSSE, 1999, p. 909)

A verdade é o candelabro que deve iluminar as provas.

A associação entre provas e verdade formal e verdade material (real) sempre esteve presente, sendo que, desde sua fase embrionária, reconhecia-se pautar a verdade formal naquela verdade construída processualmente, não dando azo à íntima convicção do juiz.

A verdade material, real, ou, ainda, substancial, por seu turno, oferecia bases legítimas e seguras para a convicção do juiz, cujo conteúdo traduzia-se na verdade legítima. A partir deste reconhecimento, as legislações e até mesmo os juízes passaram a estabelecer jurisdições e teorias para alcançar a mais justa decisão, mediante verificação da verdade dos fatos, inclinando-se, portanto, para a verdade material.

Cumprir frisar, ainda, que a verdade formal nem sempre corresponde a verdade material, sendo ideal que os ordenamentos jurídicos organizem-se a buscar exaustivamente a verdade material, com inequívoca correspondência à ontologia.

Partindo dessas premissas, o princípio da verdade real orienta o processo penal no sentido de que os fatos devem ser restaurados no âmbito processual com o mínimo de perda quando deslocados da realidade para o processo, vale dizer; o crime deve ser retratado processualmente com simetria à realidade.

Trata-se de princípio que encoraja busca veemente à, em termos informais, a verdade legítima.

Contudo, a pretensão de precisão da reprodução da verdade real no processo é utópica. É, pois, a verdade real, intangível, restando ao juiz criminal providenciar sua busca, resgatando o que for dela possível.

Acerca da intangibilidade da verdade real, manifesta-se Tourinho Filho: (2010, p. 58):

Excepcionalmente, o Juiz penal curva-se à verdade formal, não dispondo de meios para assegurar o império da verdade (...) Por outro lado, quando se fala em verdade real, não se tem a presunção de chegar à verdade verdadeira, como se costuma dizer, ou, se quiserem, à verdade na sua essência – esta é acessível apenas à Suma Potestade – mas tão somente salientar que o ordenamento confere ao Juiz penal, mais que ao Juiz não penal, poderes para coletar dados que lhe possibilitem, numa análise histórico-crítica, na medida do possível, restaurar aquele acontecimento pretérito que é o crime investigado.

Assim sendo, o ato processual que inatingir a verdade material continua válido, incólume de nulidade, haja vista a reconhecimento de sua irrealização.

O legislador reconhece a intangibilidade da verdade material no artigo 566 do Código de Processo Penal quando estatui que *“não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.”*

Destarte, mesmo que ineficaz a projeção da verdade real no processo, sua busca deve ser irrenunciável, com devida cautela, sob o receio de que a verdade real fracionada retrograde à verdade formal e pode desafiar valores ainda mais estimados. É reconhecer que, embora a verdade deva ser evidenciada, o processo não depende de exatidão verídica.

Nesse viés, também se manifestou José Netto (2010, p. 142): *“Procura-se reconstituir, no processo, o acontecimento histórico real dos fatos, muito embora não se exija o descobrimento da verdade absoluta, mas tão somente um grau tão alto de verossimilhança que se torne válido como verdade.”*

Ainda, a liberalidade entregue ao juiz para que providencie a busca da verdade real deve ser inofensiva, no sentido de guardar veneração aos demais bens jurídicos, remanescendo-nos ilesos. Porquanto, diz-se delimitado o poder judicial nessa busca probatória, não realizável a qualquer custo.

Por derradeiro, o regramento proibicionista das provas ilícitas traduz-se, contextualmente, como restrição ao princípio da verdade real, e, por conseguinte, limitação à busca da verdade real, haja vista o ordenamento jurídico

fulminar as provas colhidas ilicitamente, ainda que anseiem o conhecimento da verdade real.

5.2 Princípio da Auto-responsabilidade das Partes

Sugere este princípio que as partes, como interessadas no processo, devem suportar a consequência observada de sua postura. Destarte, a postura absenteísta das partes surte efeitos que devem por elas ser suportados. Por outro lado, as afirmações extraídas surtem o ônus probatório, vale dizer; as partes encontram reflexos imediatos ao seu comportamento probatório.

5.3 Princípio da Audiência Contraditória

O princípio da audiência contraditória determina que a prova produzida por uma parte deve reservar à outra a possibilidade de esclarecimento, expressando-se sobre aquela prova.

5.4 Princípio da Comunhão

Instalando-se a prova no território processual, ela não mais pertence à sua parte reprodutora, mas ao processo como um todo, sendo por todos os agentes processuais aproveitada.

A prova, nestes termos, uma vez introduzida ao processo, não é de propriedade das partes, senão do processo.

5.5 Princípio da Oralidade

O princípio da oralidade patrocina a prática oral de atos processuais de finalidade probatória. Por tal princípio, há predominância de atos exteriorizados oralmente, prescindindo de documentação escrita.

5.6 Princípio da Publicidade

Advoga o princípio da publicidade pela acessibilidade dos atos praticados. Quer dizer que os atos são, via de regra, públicos. A intimidade, contudo, justifica a relativização de tal princípio, hipótese em que o processo deve tramitar em segredo de Estado.

A publicidade dos atos processuais intenciona constranger a arbitrariedade judicial, vez que o processo pode ser vigiado por qualquer interessado.

Neste sentido, a anotação feita por José Netto (2010, p. 177):

O princípio da publicidade desempenha, no Processo Penal, função de fundamental importância, qual seja: a de tornar transparente o exercício da jurisdição, assegurando, desse modo, a imparcialidade do juiz. A publicidade constitui, pois, uma defesa contra todo o excesso de poder e um forte controle sobre a atividade estatal.

Desse modo, o princípio da publicidade outorga um controle social exercido sobre os atos jurisdicionais, desencorajando o magistrado à prática de atos manifestamente abusivos.

5.7 Princípio do Livre Convencimento Motivado

Por este princípio, a prolação de sentença do magistrado é fruto de liberdade decisória, desde que o faça motivadamente, demonstrando que sua convicção foi construída por elementos ancorados nos autos.

6 MEIOS DE PROVA

São meios de prova todos os atos que ambicionam emergir a veracidade das alegações processuais.

Os meios de prova não estão legalmente fixados, sendo proclamada a independência probatória uma vez surtida a pretensão de provar, podendo ser usados meios típicos, vale dizer, legalmente previsíveis, ou atípicos – não avistados em lei – que melhor convier a comprovação.

Assim sendo, é suscitado o princípio da liberdade probatória, pregando a não taxatividade dos meios de prova.

Todavia, o Código de Processo Penal prevê situações que devem ser provadas por meios invariáveis, inaugurando limitações à liberdade probatória. É o exemplo do parágrafo único do artigo 155 do Código de Processo Penal, ao estipular que *“somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”*, elegendo um único meio de prova qualificado a comprovar tal situação. Bem assim foi feito quanto à demonstração da menoridade, pela Súmula 74 do STJ, ostentando que *“para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.”*

Ademais, a própria vedação de admissibilidade das provas ilícitas constitui limitação à independência probatória. Ao preconizar que as provas cujo meio de obtenção desafia outros direitos ou normas (infra)constitucionais, são tidas como ilícitas e ganham impasse processual. Assim, o meio de prova não pode extrapolar a órbita de direitos e normas infraconstitucionais ou constitucionais, sob pena de serem maculadas pela ilicitude.

7 DIREITO A PROVA

O direito a prova constitui direito subjetivo público de evidenciar de forma irrefutável que suas alegações são verazes.

Trata-se de corolário do princípio do contraditório e ampla defesa, porquanto pode-se dizer que há previsão constitucional indireta do direito a prova. Ante à iminência de lesão à direito – qual seja; liberdade – a bilateralidade do direito de ação oportuniza ao direito de defesa a produção das provas que lhe forem relevantes. Assim, é correto afirmar que o direito de defesa é uma extensão do princípio do contraditório, e que é por ele protegido.

Acerca da cumplicidade entre o direito de prova e o direito de defesa, assevera Ada Grinover (2010, p. 113):

O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.

Ainda, o princípio do contraditório está intimamente ligado com o direito a prova, de tal sorte a licenciar e acautelar seu exercício. Com eloquência elucida Marco Antônio Marques da Silva (1997, p.46):

[...] o contraditório impõe a conduta dialética do processo. Isso significa dizer que em todos os atos processuais às partes deve ser assegurado o direito de participar, em igualdade de condições, oferecendo alegações e provas, de sorte que se chegue à verdade processual com equilíbrio, evitando-se uma verdade produzida unilateralmente.

Não se pode deixar de registrar que o direito de prova não constitui direito absoluto, comportando limitações.

É tida como inválida a prova confeccionada na falta do juiz, por impossibilidade de se efetivar o que garante o princípio do contraditório. É por tal motivo que se revela insuficiente à condenação prova surtida unicamente no inquérito policial, que não acha sustentação na fase judicial; há, pois, deslealdade ao princípio do contraditório, engrandecido pelo artigo 155 do Código de Processo Penal: “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão

exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

Autenticando a limitação, é também ilustrativa a seguinte acentuação que transcrevo: “[...] A jurisprudência é pacífica de que o conjunto probatório extrajudicial não basta, por si só, à prolação de decreto condenatório (RTJ 59/789 e RTJ 67/74, STF). - Apelação provida.”.

Não fosse suficiente, é igualmente inválida a prova produzida com a presença do juiz, estando ausentes as partes.

Sobretudo, a exigência da presença das partes para desacorrentar a validade daquela prova não é contentável; há, pois, a necessidade de que, além das partes estarem presentes, que seja oportunizada sua participação quando na produção probatória. Nesse sentido, leciona Ada Grinover: “É que tudo quanto for utilizado sem prévia intervenção e participação das partes acaba sendo conduzido a conhecimento privado a conhecimento privado do juiz.”.

Destarte, incontestável é a relevância da observação do princípio do contraditório quando da produção das provas, que desencadeia sua validade, fazendo valer o exercício do direito a prova.

Com erudição finaliza Eugenio Pacelli (2012, p. 334):

[...] a regra do processo penal é que as provas podem ser produzidas a qualquer tempo, incluindo a fase recursal, e até mesmo em segunda instância (quando dependerão de iniciativa judicial – art. 616, CPP), desde que, respeitado, sempre, o contraditório.

As provas consideradas ilícitas revelam-se, via de regra, como outra limitação ao direito à prova, uma vez que devem passar pelo crivo processual de licitude, perdendo-se aquelas obtidas por meio ilícito, desservindo como prova.

No entanto, cumpre observar que, imposta negligente limitação ao direito a prova, vem à tona o cerceamento de defesa.

Haverá cerceamento de defesa todas as vezes que for infundadamente frustrado o movimento processual ávido por exibição de material probatório.

Acerca do cerceamento de defesa, colhe-se da jurisprudência:

Nessa linha de raciocínio, o cerceamento de defesa só se caracteriza quando há indeferimento da produção de um ou mais dos meios de prova apto(s) à elucidação de fato controverso e indispensável à solução da lide e também resulte em prejuízo manifesto à parte que requereu a sua

produção, pois, segundo o princípio do *pas de nullité sans grief*, não há nulidade sem que haja comprovado prejuízo” (TRT-23, Processo Recurso Ordinário 36200908623000 MT 00036.2009.086.23.00-0, Relator DESEMBARGADOR EDSON BUENO, Julgamento:29/09/2009, 1ª Turma)

Assim sendo, o direito a prova deve ser entendido como direito subjetivo público que comporta limitações, mas que estas devem ser aplicadas motivadamente, não podendo privá-lo por mera obstinação.

8 DA PROVA ILÍCITA

8.1 Conceito e Considerações Iniciais

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, veda a admissão das provas colhidas por meios ilícitos no processo penal. É a aversão jurídica pelas provas ilícitas, devendo ser, por mandamento legal, expulsas ignominiosamente do processo, pouco importando a relevância de seu conteúdo.

A prova será ilícita quando seu meio de aquisição for irreverente quanto às disposições legais, seja de cunho material ou processual, ou quanto a princípios, pelejando-os. Em termos precisos, será ilícita a prova cuja conquista se dê mediante violação ao regramento jurídico ou a princípios por ele resguardados.

Em doutrina internacional, conceitua com primazia as provas ilícitas Echandía (1994, p. 177): *“Pruebas ilícitas son aquellas que han sido recabadas e incorporadas al proceso penal por medio de una transgresión a una norma constitucional o procesal.”*

Destarte, a produção probatória deve vigiar as demarcações de cada regramento legal ou principiológico, incorrendo em ilicitude sua exorbitância.

O corolário da ilicitude probatória é a inadmissibilidade no processo, é dizer, o desentranhamento dos autos. O art. 157 do Código de Processo Penal aponta nesse sentido, estatuinto que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”.

As provas devem passar pelo crivo processual de licitude, sendo que aquelas desdouradas pela ilicitude recebem verdadeiro impasse processual.

Entretanto, é possível que a prova viciada apenas seja reconhecida quando já adentrada no processo, hipótese em que o magistrado pode ter acesso ao seu conteúdo e ser por ele entusiasmado, comprometendo seu estado de neutralidade. Assim, os efeitos da prova ilícita conhecida pelo juiz são indeléveis, fixando-se em sua consciência mesmo que a contragosto, ou inconscientemente. O artigo 157, em seu parágrafo 4º, dedicava-se a descomplicar esta situação. No

entanto, a Lei 11.690, de 10 de Junho de 2008, infligiu reforma do mencionado artigo, vetando o parágrafo 4º, desaprendendo-se da descontaminação do julgado. Tal veto se revela inconveniente, vez que está em contramão à logicidade do sistema de inadmissão processual de provas ilícitas.

A unissonância do regramento para a proibição das provas ilícitas dedica-se a proteção de direitos fundamentais prestigiados por suas normas, sendo opróbrio, sob o prisma constitucional, o sacrifício destes bens jurídicos para a garantia de exibição de material probatório.

Nem sempre foi assim; a admissibilidade das provas obtidas ilicitamente não se revelava como heresia jurídica. É a orientação de Grinover (2010, p. 126):

A doutrina e jurisprudência de diversos países oscilaram, durante algum tempo, quanto à admissibilidade processual das provas ilícitas. Da posição inicial, que admitia a prova relevante e pertinente, preconizando apenas a punição do responsável pelo ato ilícito (penal, civil ou administrativamente) praticado na colheita ilegal da prova, chegou-se à convicção de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados [...].

Por fim, deve ser tecida breve consideração, haja vista a divagação de tal matéria se achar em momento mais pertinente. Muito embora a inadmissão das provas ilícitas esteja perfilhada na Constituição, sua radicalização é desfavoravelmente questionada, conduzindo à sugestão de sua mitigação.

8.2 Provas Ilícitas, Ilegítimas e Irregulares

Consoante esta classificação, as provas obtidas mediante agressão à norma material são consideradas provas ilícitas.

Provas ilegítimas seriam aquelas cuja aquisição se dá mediante violação de normas processuais.

Assim sendo, tanto a prova ilícita quanto a prova ilegítima recaem na ilegalidade, contudo, por transgressões a normas de natureza desiguais; aquela, de cunho material, caracterizando a ilicitude, esta, de índole processual, configurando a ilegitimidade.

Hodiernamente, a Constituição Federal é indiferente quanto às distinções de provas ilícitas ou ilegítimas, sendo àquelas aplicado o mesmo tratamento; a inadmissão processual em razão da ilicitude.

As provas irregulares são aquelas que inobservam formalidades legais na sua realização. Contudo, o olvidamento destas formalidades é inócio; as provas irregulares são, ainda assim, processualmente aceitas.

Ainda quanto às provas irregulares, há uma incompreensão a propósito. Se violadas formalidades legais quando na confecção probatória, haveria, por conseguinte, ofensa à norma de cunho processual que inserira aquela formalidade. Assim, é fútil a serventia desta classificação.

Nesse sentido, como bem colocam Távora e Alencar (2012, p. 381):

Data venia, ousamos discordar da utilidade dessa terceira classificação, afinal, as provas ditas irregulares estariam, em última análise, violando normas de caráter processual, e logo seriam ilegítimas.

Destarte, ponderando que as provas irregulares são, na verdade, ilegítimas, e, tendo em vista o desinteresse constitucional em se definir provas ilícitas ou ilegítimas, conclui-se que, uma vez infringidas normas materiais ou processuais, princípios ou formalidades legais, aquela prova é tida como ilícita, sendo ineficaz seu ingresso processual.

8.3 Incongruência do Veto do § 4º do Artigo 157 do Código de Processo Penal

Antes à reforma efetuada pela Lei 11.690/08, o artigo 157 do Código de Processo Penal conferia ao seu parágrafo 4º a consentânea redação: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.”

De maneira irrefletida, por entusiasmo da imediatidade, foi vetado o parágrafo, desmedindo qualquer repercussão jurídica. Advinda reforma, apresentou-se o veto do parágrafo 4º, desprestigiando a teoria subjacente àquele dispositivo, a teoria da descontaminação do julgado, bem como princípios inerentes a sua finalidade; princípio da imparcialidade do juiz e princípio do juiz natural. No

esclarecimento sobre o veto, argumentou-se, mormente, o cotejo da celeridade processual, cobijada em lei reformista, com o parágrafo, que tornava ainda mais tardia a prestação jurisdicional.

Sendo signatário do Pacto San José da Costa Rica, o Brasil perfilhou a imparcialidade do julgador, responsabilizando-se em vigiá-la nos julgamentos. O artigo 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos resguarda a imparcialidade, preconizando que:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Destarte, o veto se traduz em verdadeiro licenciamento de juiz parcial para o julgamento do qual se relacionou com provas ilícitas. Desaproveitou, outrossim, o legislador, a inserção da teoria da descontaminação do julgado, que antes apregoava o afastamento do julgador por prova ilícita denegrido.

Permitindo que o juiz que conheceu de tais provas profira sentença, é indispensável ponderar a prevalência do princípio da identidade física do juiz face ao princípio da imparcialidade do julgador, implícita também no princípio do juiz natural; vale dizer, juiz competente e imparcial.

O princípio da identidade física do juiz, ancorado no artigo 399, parágrafo 2º, não pode ser legalmente usado como embaraço à promoção de garantias mínimas conferidas por direito fundamental, dentro os quais o julgamento imparcial; é, pois, melhor ao réu que seja julgado por juiz imparcial do que por juiz que conheça sua trajetória processual, mas que tenha sacrificada sua imparcialidade.

A proximidade com as provas ilícitas torna corrompida a neutralidade imprescindível ao juiz para o julgamento. Há, nestes termos, inconsistência jurídica, vez que o ordenamento, ao mando de que sejam desentranhadas dos autos, rechaça as provas tidas ilícitas, exatamente por deslustrarem a imparcialidade judicial, e, em posterior momento, permite que, malgrado extirpadas do processo, quando já produzira os efeitos judiciais repudiados, o juiz por elas intoxicado delibere sobre o julgamento.

Sendo assim, o veto do artigo 157, parágrafo 4º consiste em permissão para julgamento proferido por juiz parcial. Entretanto, o preceito do parágrafo vetado ainda ecoa doutrinariamente, exortando a substituição do julgador. É a observação precisa feita por Aury Lopes Junior (2008, p. 546):

[...] não basta anular o processo e desentranhar a prova ilícita: deve-se substituir o juiz do processo, na medida em que sua permanência representa um imenso prejuízo, que decorre dos pré-juízos (sequer é pré-julgamento, mas julgamento completo!) que ele fez.

Muito embora desentranhadas as provas ilícitas, seria ingênuo concluir a inexistência de resquícios psicológicos de seu conteúdo, sendo que não basta o distanciamento processual destas provas para a restauração da imparcialidade.

Portanto, a impertinência do veto conduz à ilação de que, desvirtuada a imparcialidade magistral pelos efeitos insuperáveis das provas ilícitas, deve o julgador declarar-se, de ofício, suspeito de proferir o julgamento, preservando a sua imparcialidade.

8.4 Problemática das Provas Ilícitas no Processo Penal

O regramento das provas ilícitas no ordenamento processual penal pátrio estimula várias ponderações. Tal norma cria verdadeiro crivo processual, sendo o ingresso destas provas dependente de sua licitude, hipótese em que, vez desconhecida, devem ser afastadas dos autos, tornando o conteúdo nelas contido inalcançável, mesmo que determinante para o desfecho processual.

Destarte, suscitaram-se posicionamentos céticos a respeito da inflexibilidade desta norma, no sentido de que seu absolutismo não pode vitimar outros preceitos fundamentais, em caso concreto, de igual ou maior importância. Seria por bem, em excepcionais hipóteses, a relativização desta norma para a redenção de bens jurídicos indistintamente tutelados.

Sendo assim, as provas ilícitas, embora enjeitadas pelo artigo 157 do Código de Processo Penal, deveriam ser repensadas, haja vista que a irreduzibilidade da norma traria uma censura duvidosa, quando repreender

informação incisiva para o desfecho penal, assegurando um bem maior; a liberdade e a justiça.

Tecidas tais considerações, a problemática das provas ilícitas no processo penal consiste na excepcional desconsideração da norma proibitiva, valendo-se das provas ilícitas para o alcance de um bem maior hábil a resguardar a justiça. A partir disto, é suscitada uma gama de contemplanções; antagônicas ou conciliáveis, advogando-se pela admissão ou não das provas ilícitas em resgates a bens jurídicos, a favor estatal ou social.

8.5 Prova Ilícita por Derivação ou Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

A doutrina da prova ilícita por derivação, também conhecida como teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) manifesta o preceito de que a prova obtida mediante violação de disposição constitucional, mesmo que reflexamente ou derivadamente, é igualmente ilícita, como a violação que a originou. Quer dizer que sua produção foi originada por prova ilícita, e que, portanto, hereditariamente conterà vício de ilicitude, de sorte que a exclusão da prova atinge não só a prova em si, mas também o seu fruto.

Esta tese retrata a preponderância que deve existir dos direitos fundamentais, que não seriam respeitados de forma eficaz se fosse dada licitude ao fruto da violação constitucional.

Destarte, a teoria dos frutos da árvore envenenada denuncia a ilicitude de toda prova oriunda de outra prova ilícita. Em termos precisos, os frutos da prova ilícita serão igualmente ilícitos; a doutrina projeta a ilicitude inicial a toda prova dela derivada, haja vista a impureza probatória pela quebra de garantia fundamental.

Sendo os frutos da prova ilícita alcançados pela mesma ilegalidade, devem ser distanciadas do processo. É o teor do artigo 157, §1º do Código de Processo Penal, ao estatuir que:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou

quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Assim sendo, conclui-se, por ora, a projeção da ilicitude a todos os atos dela resultantes, de forma que as provas derivadas de prova ilícita, por herança, são igualmente ilícitas. A ilicitude probatória, nestes termos, repercute em todas as provas dela derivadas, não sendo depositada, tão somente, na primeira prova conquistada.

Entretanto, decorrente da teoria dos frutos da árvore envenenada, veio à tona a teoria da fonte independente.

A teoria da fonte independente é lecionada como atenuante à regra da prova ilícita por derivação, recorrendo-se da argumentação de que, demonstrada que a prova ilícita por derivação foi produto de fonte independente, desvinculada ao ato ilícito, será então admissível.

Contudo, uma primeira contestação deve ser feita; trata-se de teoria coexistente à teoria dos frutos da árvore envenenada, e não uma exceção empregada a tal teoria. (TÁVORA E ALENCAR, 2012, p. 386)

Porquanto, o parágrafo 1º do artigo 157, *in fine*, admite as provas ilícitas derivadas cujo nexos de causalidade com o ato ilícito não fique evidenciado, ou, ainda, quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Ainda, o parágrafo 2º do artigo em apreço tenta conceituar o que deve ser entendido por fonte independente.

Trata-se de teoria que impõe um juízo averiguador, ponderando se a prova poderia ser obtida por via distinta daquela empregada para coletar os elementos probatórios considerados ilícitos. Deve ser feita reflexão investigativa, apreciando se é possível que aquela prova exista de forma autônoma, isolada ao ato ilícito, ou se sua existência dele depende. Sendo o resultado da reflexão positivo, será possível a aquisição da prova por fonte independente, havendo outra linha investigativa (lícita) idônea à colheita daquela prova, sendo então admitida no processo.

A fonte independente de aquisição da prova tem efeito depurador quanto à sua contaminação, concedendo a tais provas o ingresso processual. Desmembrada a prova de qualquer vínculo com o ato de ilicitude, é ilógico pensar em reprodução dos efeitos ilícitos em prova que não lhe é derivada.

Neste sentido, a elucidação feita por Távora e Alencar (2012, p. 385):

[...] se existirem provas outras no processo, independentes de uma determinada prova ilícita produzida, não há de se falar em contaminação, nem em aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois, em não havendo vinculação nem relação de dependência, a prova ilícita não terá o condão de contar as demais.

Destarte, são aproveitadas as provas cuja aquisição mediante fonte independente da ilícita for possível.

Também decorrente da teoria dos frutos da árvore envenenada, suscita-se a teoria da descoberta inevitável. Propõe tal teoria que, se a investigação policial já iniciada inevitavelmente revelasse a prova – neste momento ainda considerada ilícita -, deve a prova ser expurgada, desencadeando sua licitude.

Nesse viés, em termos precisos, embora seja a prova subproduto de outra ilícita, será lícita a prova cujo desvendamento é certo e inevitável. A confiscação da prova, sob o prisma desta teoria, é certa, sendo seu levantamento meramente uma questão temporária.

Cabível, ainda, um breve paralelo comparativo entre a teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável. Naquela, trabalha-se com a possibilidade da prova ser colhida por outras linhas investigativas que não aquela que transgrediu normas, acarretando em sua ilicitude. Esta considera a certeza da incidência daquela prova, sendo que nem mesmo a inexistência dos atos que a colheram conseguiria evitar sua descoberta.

Reflexa à teoria dos frutos da árvore envenenada, é, outrossim, interessante a teoria da conexão atenuada. Recorre esta teoria ao argumento de que, observada a insuficiente interdependência entre a prova ilícita e a prova dela derivada, a ilicitude herdada não deve prosperar.

Destarte, há uma debilidade de conexão entre tais provas (e não sua falta), ocasionando o questionamento da ilicitude. A frouxidão de liame entre as provas desmerece a continuidade de ilicitude, que é, sob essas circunstâncias, dúbia, fraquejada pela tênue ligação entre a prova originária e a prova derivada.

Por derradeiro, a teoria da boa-fé também visa resgatar a licitude das provas derivadas. Significa que a busca ilegal, mas inconsciente da prova não pode comprometer sua licitude. É dizer; quando houver inconsciência da violação, a ilicitude probatória não deve ser operada. Há, aqui, a necessidade de verificação de

ausência de dolo por parte dos agentes produtores da prova, que agem por erro, despercebendo a infringência legal.

Ademais, a inexistência de dolo não é o bastante para a aplicação de tal teoria; é preciso a demonstração da boa-fé subjetiva e objetiva.

9 TEORIAS INFORMATIVAS DA (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Finalmente, o estudo passa a examinar as teorias quanto à admissibilidade ou não das provas ilícitas no processo. São cinco as teorias debatedoras, cada qual com persuadição acentuada, tornando o tema merecedor de íntima reflexão.

9.1 Inadmissibilidade da Prova Ilícita ou Corrente Obstativa

A doutrina desta corrente inadmite, sob qualquer hipótese, a convivência de provas ilícitas em âmbito processual, devendo ser desentranhadas dos autos, pouco importando-se com a necessidade de exposição do seu conteúdo para a preservação da boa justiça ou da liberdade em iminente risco.

Sob o prisma desta teoria, a própria lei determinou a predileção da norma proibitiva, assecuratória de garantias individuais, consentindo em sacrificar a melhor justiça ou a liberdade que aquelas provas ilícitas poderiam veicular se conhecido seu conteúdo.

Pela inadmissibilidade das provas ilícitas, é possível desconjuntar-se três subteorias.

A teoria da unidade quanto à inadmissibilidade apregoa que a admissão de eventuais provas ilícitas implicaria em descaso com os ditames legais, encorajando a prática ilegal de colheita de provas. Não é possível, sob este prisma, que a aplicação de tal regramento seja constantemente ponderada. Sendo assim, os regramentos do ordenamento jurídico não podem ser cumpridos de forma fracionada, a fazer ressalvas, os mandamentos legais reclamam obediência como um todo, sendo infactível o desemparelhamento da disciplina das provas ilícitas para ponderação.

Paralelamente, a teoria da moralidade dos atos praticados pelo Estado emprega argumentos singulares para inadmitir as provas ilícitas. Por tal teoria, não é plausível que o Estado, detentor do *jus puniendi*, aproveite-se de meios

especulatórios para também quebrantar normas traçadas em lei. Quer dizer que o Estado não pode pretender a supressão do crime com práticas igualmente ilícitas. Portanto, desprovido o ato investigativo estatal de moralidade e, sobretudo, legalidade, as provas por ele suscitadas não devem vingar.

A teoria dos direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Constituição revela outro embaraço à admissão probatória de provas ilícitas. Roga a teoria o reconhecimento da inconstitucionalidade das provas obtidas com exorbitância aos direitos e garantias fundamentais fundeados na Constituição. Porquanto, até mesmo a busca à verdade real está limitada, esbarrando-se com os direitos e garantias legalmente assegurados. Sob este prisma, as provas, além de ilícitas, são inconstitucionais, haja vista sempre desafiarem bens jurídicos constitucionalmente enlevados, mormente as liberdades individuais, precisamente; a intimidade.

Porquanto, descabida é, nesse viés, a ponderação de bens juridicamente protegidos para que, o vencedor de tal contemplação, informe a (in)admissão das provas ilícitas.

Por fim, é importante alarmar, para esta corrente, a necessidade de desilusão quanto à utopia processual da busca da verdade real (fls. 28-29), sendo que o escopo magno do processo não é honrar a correspondência dos fatos. Não é o processo mecanismo para esmiuçar os fatos, pretendendo entrever insinceridade ou veracidade. Portanto, não se justifica a permissão probatória de provas obtidas ilicitamente pelo argumento de veicularem a verdade, haja vista não ser este o âmago do processo.

9.2 Admissibilidade da Prova Ilícita ou Corrente Permissiva

Paradoxalmente, a doutrina desta teoria advoga pela busca à verdade real, cobiçando a descoberta da verdade. É dizer que as provas ilícitas são aceitas processualmente por introduzirem no processo a verdade fática, descartando a norma proibitiva, que deve ser inutilizada, prestigiando a verdade a qualquer custo. Nesse sentido, mais vale o processo construído com retratação fiel à verdade - malgrado comportar provas cuja colheita transgrida normas ou princípios - que o

processo que padece de exatidão fática por decorrência de dispositivo obstativo de provas ilícitas.

Destarte, a via processual é a única hábil a desvendar, perante o julgador, a verdade essencial a todo processo justo. Para tanto, é mister a revelação das provas, lícitas ou ilícitas, desde que qualificadas à efetivação da verdade real.

Nesse diapasão, observa Fernando Pedroso (1991, p. 384):

Ora, se o fim precípua do processo penal é a descoberta da verdade real (na qual há que se fulcrar a própria realização do direito penal substantivo, pela aplicação ou não da pena), crível é que, se a prova ilegalmente obtida ostentar essa verdade, há de ser aceita.

Sendo assim, o processo embasado em inverdades desfigura-se para uma fábula; sendo um processo fictício, falho, e, sobretudo, inabilitado para conferir justiça, de sorte que a incensura das provas ilícitas conspira contra esta injustiça.

Sintetizando, a censura das provas ilícitas deve acabar no momento em que se vislumbra a probabilidade do processo culminar em injustiça da qual a prova poderia evitar.

Ademais, o processualista italiano Franco Cordero averbou esta teoria, adaptando-a no sentido de que as provas ilícitas seriam, ainda que sob estas condições, processualmente admissíveis. É que, para o jurista, embora a colheita da prova se mostre viciada, sua inteireza remanesce incólume. Imprime bem esta ideia a expressão utilizada, *male captum, bene retentum*, isto é, mal colhida, porém, bem preservada. Sugestiona, contudo, que o produtor da prova ilícita seja submetido à sanção de cunho penal ou disciplinar (SOUZA, 1991, p.143).

9.2.1 Admissibilidade da prova ilícita pelo critério da proporcionalidade

A admissibilidade pelo critério da proporcionalidade, inspirada na doutrina germânica, reúne as principais preocupações da teoria da admissibilidade e da teoria da inadmissibilidade, propondo uma teoria intermediária, não extremada, conciliando o interesse social com os direitos e garantias afirmados na Constituição.

A proporcionalidade é aplicada de sorte que, malgrado seja inevitável o reconhecimento da inconstitucionalidade das provas ilícitas, excepcionalmente,

estas devem persistir no processo para acudir interesse social. É, na verdade, um juízo de valores, sendo necessária a exibição do conteúdo probatório ilícito como único meio de se efetivar a justiça social.

Desse modo, é feito um juízo valorativo, sopesando interesses constitucionalmente socorridos, do qual o vencedor informará a admissão probatória ou advogará pela sua inadmissão. Tal contemplação não se justifica pela existência de interesses constitucionalmente hierarquizados, senão por uma prevalência decorrente de análise, em caso concreto, de interesses equidistantes.

É a atenciosa advertência de Fabiana do Prado (2006, p. 168):

[...] embora não exista hierarquia entre normas constitucionais, é irrecusável a existência de uma hierarquia axiológica ínsita aos valores que informam a ordem constitucional, dos quais são positivamente os princípios constitucionais.

Destarte, o regramento de inadmissão das provas ilícitas deve render-se ao apelo da admissão, pelo critério da proporcionalidade, quando a radicalização de tal mandamento implicar em obstinação para a concretização de direitos fundamentais de igual, ou, ainda maior relevo.

Trata-se de teoria que antevê a injustiça que o comando impeditivo das provas ilícitas pode desencadear. Sendo assim, é feita uma leitura, em caso concreto, averiguando se a aplicação de tal mandamento impossibilitaria a demonstração da inocência ou da culpa, que tais provas efetivamente aduziriam.

Ademais, a ideia de contrapesar os valores jurídicos a partir do caso concreto oportuniza que uma melhor justiça seja conferida. Quer dizer que os juízes, recrutados para aplicar a lei, muitas vezes sequer ponderam se a incidência da lei sobre aquele caso concreto é justa. Assim, a atividade judiciária é criticada por se limitar em, tão somente, associar o caso concreto à previsão legal que lhe couber, e aplicar o que a lei determina. O magistrado exerceria um papel, sob este prisma, de mero remetente, do caso concreto para a regumentação expressa que lhe corresponder.

Porquanto, pelo juízo de valores, sugestionado pelo critério da proporcionalidade, a atividade jurisdicional não se esgotaria em identificar o caso concreto no ordenamento jurídico, em abstrato, mas, condicionaria sua aplicação à justiça.

O magistrado não pode ser um mero mandatário da lei, devendo zelar pela justiça, sendo que se a não aplicação da lei promover melhor justiça, há de se excepcionar sua incidência.

É, outrossim, pertinente a observação de que a doutrina da admissibilidade das provas ilícitas pela proporcionalidade, embora fidedigna de aceitação, não propõe uma nova regra, senão uma exceção de regra já traçada por lei.

Finalmente, vale dizer que, havendo valores juridicamente protegidos, antagônicos e inconciliáveis entre si em determinado caso concreto, a técnica salientada é a do sopesamento, balanceando os bens jurídicos em beligerância.

9.2.1.1 Críticas ao critério da proporcionalidade

A primeira crítica arremessada ao princípio da proporcionalidade é que há uma impropriedade na particularização dos valores postos em pauta. Significa que tal princípio põe em acareação a segurança social contra a intimidade do acusado, quando aquele seria descabido, contornando a verdadeira ambição estatal, qual seja: o *jus puniendi* (direito de punir).

Assim, por trás da segurança social, o estado é encorajado a contemplar um juízo axiológico, preocupado não com o da sociedade, senão com a garantia e eficácia do poder de punir. Há, pois, uma aparente – porém dissimulada – alteração de valores sociais e individuais, disfarçada pela persecução opressiva estatal.

É a tese desenvolvida por Fabiana do Prado (2006, p. 170), evidenciando que:

[...] no processo penal, o interesse que, predominantemente, contrapõe-se aos direitos fundamentais da pessoa, em especial do acusado, é o poder punitivo estatal. A segurança, seja ela “social”, “pública”, “cidadã”, ou “urbana” é mero argumento ideológico invocado para conferir racionalidade ao exercício daquele poder.

E aponta a incertada valoração sugestionada pelo princípio da proporcionalidade: “[...] Ilusão da existência de um conflito de interesses legítimos no processo penal, qual seja entre a segurança social e a liberdade individual”.

Desse modo, patente é a inversão valorativa interposta pelo princípio da proporcionalidade, que, consoante a autoria, deve ser firmada entre a liberdade individual do acusado e o poder punitivo do estado.

Destarte, é bem verdade que, embora aprovável o critério da proporcionalidade para excepcionar a norma impeditiva das provas ilícitas, há uma gama de críticas àquela teoria.

A princípio, critica-se, outrossim, a teoria da proporcionalidade por condicionar a relativização normativa a um confronto de princípios e valores jurídicos, embasando-se em critérios subjetivos, sendo, porquanto, falha. A proporcionalidade, sob esta ótica, é tida como um critério demasiadamente vago, cedendo margens ao subjetivismo. Ademais, a teoria da proporcionalidade, não raras vezes, é empregada com arbitrariedade por parte do julgador.

Assim, o critério da proporcionalidade deveria, *a priori*, contornar a utilização arbitrária e o subjetivismo para então ser aplicado.

Todavia, a crítica é refutada; é, pois, evidente e necessário que o juiz tenha uma carga de subjetividade. Não fosse assim, atuando o julgador tão somente no campo objetivo, aplicando fria e cegamente a lei, a norma não seria singularizada em caso concreto, senão generalizada para todos os casos de aparente enquadramento.

Outra crítica lançada ao princípio da proporcionalidade é que tal consideração implicaria em mitigação dos direitos fundamentais. Entretanto, embora não haja hierarquia abstrata dos direitos fundamentais, havendo conflito entre os bens jurídicos assegurados, torna-se, em caso concreto, impossível a coexistência de um e outro, devendo, necessariamente, somente um prevalecer, falando-se, portanto, em uma hierarquia concretizada dos direitos fundamentais, dentro da situação fática.

Destarte, as críticas arremessadas ao critério da proporcionalidade, embora plausíveis, desmoronam sem muito esforço, mantendo-se a teoria, excepcionalmente, para balizar o comando obstativo das provas ilícitas.

9.3 Admissibilidade da Prova Ilícita em Favor do Réu

Embora haja ceticismo quanto à consentânea aplicação do critério da proporcionalidade, é inevitável sua defesa em favor do réu, que cede à súplica da admissão das provas ilícitas – mesmo sabida a violação a preceitos fundamentais.

Imprescindível considerar que, em condição de réu, há a iminência de relativização do direito à liberdade. Atinente à qualidade de acusado, observa-se o direito de defesa, constitucionalmente assegurado. Contextualizando, se as provas ilícitas potencializarem o direito de defesa do réu, viabilizando sua absolvição, não seria sóbrio que fossem tais provas banidas do processo.

A propósito, a Súmula 50, surtida nas Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, quando discutira a admissibilidade em favor do réu, chegou à ilação de que: *“podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”*.

Ademais, o espírito da lei ao inadmitir processualmente as provas ilícitas foi de promover proteção ao réu. Quer dizer que, por trás de tal normatização, há a intenção de preservar os direitos fundamentais, mormente do réu, e que não podem ser atentados para a construção de provas a ele desfavoráveis. Nesse prisma, não é possível a elaboração probatória em detrimento de direitos fundamentais.

Ora, sendo assim, o único prejudicado com a colheita e a exposição da prova ilícita é o acusado, portanto, se a prova, embora ilícita, lhe for vantajosa, a proteção que originara a vedação torna-se inoportuna, inócua, e, sobretudo, injusta; vez que perde o caráter protetor e passa a empecer o conhecimento de conteúdo que oportunizaria sua absolvição.

Nessa envereda, meritoriamente, disserta Tourinho Filho (2008, p. 60):

Se a proibição da admissão das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos fundamentais do homem, parece claro que o princípio visa a resguardar o réu. Sendo assim, se a prova obtida por meio ilícito é favorável à Defesa, seria um não-senso sua inadmissibilidade. É que nos pratos afilados da balança estão dois interesses em jogo: a liberdade e o direito de terceiro sacrificado, e entre os dois obviamente deve pesar o bem maior, no caso a liberdade, pelo menos como decorrência do princípio do favor *libertatis*.

Assim, a proteção inspiradora da norma proibitiva deixa de existir, sendo, agora, interpretada como fator obstativo da demonstração de que o acusado é inocente, razão pela qual a prova da inocência do réu, a despeito de ser ilícita, é proveitosa.

9.4 Teoria da Exclusão da Ilícitude da Prova

Ainda na mesma linha de raciocínio, advoga a teoria da exclusão da ilicitude da prova pela admissão processual de provas obtidas ilicitamente em legítima defesa ou estado de necessidade. É de se distinguir, desde logo, que trata-se de teoria que roga pelo afastamento de ilicitude de tais provas, haja vista não serem colhidas em desvantagem do réu. Ao revés, é obtida justamente em defesa de seus direitos fundamentais em iminente risco de restrição. Aqui, a colheita das provas é motivada, mesmo que ilicitamente, por legítima defesa ou estado de necessidade.

Destarte, colhida a prova ilicitamente em detrimento de direitos fundamentais de terceiros, encorajada pelas excludentes de ilicitude, a prova não deve ser considerada ilícita. Há, sob este prisma, o afastamento da ilicitude probatória, convalidando sua admissão processual, haja vista o amparo de norma jurídica permissiva. O acusado sob este enfoque, vê na transgressão de bem jurídico de outrem a única possibilidade de ter resguardada a sua liberdade.

Acerca da teoria da exclusão da ilicitude, manifesta-se a favor Fabiana do Prado (2006, p. 212):

[...] prova produzida ilicitamente pelo próprio acusado, mesmo que tenha constituído uma grave violação ao direito fundamental de terceiro, igual ou superior à violação de direito de liberdade que uma condenação indevida representaria para o acusado, impõe-se admitir a prova.

É que, na verdade, não há ilicitude contida na prova, que fora obtida de forma permitida em lei. Assim, a teoria da exclusão da ilicitude da prova evidencia uma ilicitude ficta, por ser legalmente tolerada (ALENCAR; TÁVORA, 2012, p. 392).

Imperioso observar que, aplicando-se a teoria da exclusão da ilicitude da prova, anula-se, automaticamente, o cabimento da aplicação do princípio da

proporcionalidade. Este, reclama um juízo filosófico, uma contemplação de valores jurídicos do qual o ganhador deve informar a (in)admissão probatória. Aquele prescinde de balanceamento de direitos fundamentais, trata-se, pois, não mais de uma questão subjetiva, senão de regramento – portanto, objetivo - de exclusão de ilicitude.

Aqui, a admissão probatória é fruto, não de reflexões valorativas de bens jurídicos, senão de norma excludente de ilicitude, aplicada para a legítima defesa da vítima ou estado de necessidade.

Pela teoria da exclusão da ilicitude da prova, a proibição normatizada das provas ilícitas é afastada por causa de exclusão de ilicitude. Nesse viés, é lícita a conduta do acusado que, agindo sob legítima defesa ou estado de necessidade de seus direitos fundamentais, produz prova para resguardá-los em juízo, agindo, pois, em conformidade com o ordenamento jurídico, que socorre a autodefesa dos bens jurídicos.

9.5 Admissibilidade da Prova Ilícita em Favor da Sociedade

A admissibilidade da prova ilícita em favor da sociedade é dificilmente concordada pela doutrina e jurisprudência, mesmo inadmitindo-se a única prova hábil a justificar a pretensão punitiva estatal, prestando a demonstração de culpa do acusado. Nesse prisma, a pretensionada admissão da prova ilícita estaria condicionada ao benefício ou não que acarretaria ao réu.

Todavia, tal inferência seria demasiadamente leviana, sendo mister, por questões de justiça social, ser amadurecida. O princípio da proporcionalidade não tem seu uso restringido às hipóteses interessantes ao réu, trata-se, pois, de princípio que faz apologia à justiça, cujo merecimento é devido tanto ao réu quanto à sociedade. É dizer, a justiça social importa tanto para o réu quanto para a coletividade, sendo um disparate validá-la tão somente para o acusado, excluída a sociedade.

Destarte, sob este prisma, a prova, embora ilícita e contrária ao interesse do acusado, deve ser admitida processualmente, sendo a única via demonstrativa da verdade.

A proteção do direito à intimidade, consubstanciado na vedação das provas ilícitas, não pode sentenciar uma irreversível sobreposição deste à justiça.

De forma inelutável, assevera Alexandre de Moraes (2002, p.60):

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Em termos bastante precisos, a padronização das provas ilícitas não pode ser desvitalizada, servindo de pretexto para a impunidade do acusado.

A jurisprudência tem reconhecido a consistência da teoria da admissibilidade em favor da sociedade. Confira-se a ementa ilustrativa deste cenário:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (RT 709/418).
(7703 MS 2001.007703-5, Relator: Des. Rubens Bergonzi Bossay, Data de Julgamento: 24/04/2002, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 17/05/2002).

Assim, a justiça não pode ser regalia exclusiva do réu, descabida à sociedade defendida pelo acusador, quando depende da admissão probatória ilícita. Ademais, o réu não pode se valer dos direitos humanos como uma máxima para a inviabilidade de prova que, embora ilícita, o condenaria. Não obstante, o princípio da igualdade das partes torna dúbia a aplicação da admissibilidade tão somente para o réu.

Ainda, com a prática delitiva, a intimidade do acusado não pode ser absoluta, o Estado, munido de persecução penal e provido do *jus puniendi*, pode relativizar o direito de intimidade. Contudo, feito de forma ilícita, a melhor resposta não é a imposição do inverso; que o poder punitivo estatal fique prejudicado para, agora, prestigiar o direito de intimidade que já se depreciara.

Neste sentido antevê Fabiana do Prado (2006, p. 199):

[...] A prática de condutas extremamente graves, violentas, reduz a possibilidade de contenção do poder punitivo pelo direito penal e, em consequência, da proteção jurídica da dignidade. Embora não se possa falar que nessas situações, os acusados sejam diferentes em dignidade do que as demais pessoas, a proteção jurídica da sua dignidade fica prejudicada [...].

Irrefletido é, sob o prisma desta teoria, o entendimento de que o interesse do acusado é melhor do que o interesse social. A despeito de serem processualmente inconciliáveis, a verdade honrará um destes interesses. Entretanto, sendo a prova ilícita desfavorável ao réu, não for esta a teoria acordada, há a impossibilidade do interesse social se consumir, minimizados, frente ao acusado, os valores sociais consubstanciados em legislação penal.

No entanto, inversamente, a admissão da teoria em comento questionaria a ética estatal, que, entusiasmada pela pretensão punitiva, teria por válida a conduta de transgredir valores fundamentais para a eficácia do poder punitivo, uma vez que as provas assim colhidas não seriam censuradas.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo construído gravita em torno da admissão das provas ilícitas, malgrado o ordenamento jurídico proclame sua desaprovação. Para tanto, cinco teorias foram extraídas, dentre as quais quatro advogam pela admissibilidade.

Ao finalizar este estudo, a primeira observação que merece ênfase, é a advertência de que o problema da prova ilícita deve ser sempre analisado e estudado com grave seriedade e de forma aprofundada por todos os profissionais do Direito, haja vista que a prova é o pilar fundamental para a resolução justa ou injusta do processo penal.

A prova é o elemento processual mais suscetível de ser alterado e manipulado. No campo penal, contudo, não se deve nunca olvidar que ela é sempre sinônimo de garantia e, como tal, deve ser obtida, tanto na fase inquisitorial, como na fase do contraditório, em fiel observância aos ditames da garantia constitucional do devido processo legal.

Disto resulta que a obtenção da prova por parte do Estado deve sempre respeitar o critério da legalidade, que constitui um grave limite, verdadeiro marco para o correto desempenho de sua atividade persecutória.

O desrespeito a este critério de legalidade deve sempre acarretar, como consequência direta da violação, na exclusão da prova obtida de forma ilícita, e se dela derivarem outras provas, estas também devem ser nulificadas por aplicação correta da doutrina do fruto da árvore envenenada.

Afinal, não é possível que o Poder Judiciário aproveite as provas obtidas em afronta às garantias constitucionais, o que comprometeria a administração da justiça, beneficiando-a com uma conduta ilícita, o que, em última análise, violaria também os valores éticos do Estado.

Ademais, quando o julgador baseia sua decisão em prova ilícita, não viola apenas a norma que disciplina o seu método de aquisição, mas ofende diretamente o mandamento constitucional que o obriga a julgar apenas em estrita conformidade com as provas legítimas e válidas.

Entretanto, a doutrina e jurisprudência toleram a admissão de prova ilícita, sendo assim, tal regramento não pode ser visto de forma intransigente, deve, pois, ceder a excepcionais hipóteses de admissão.

A corrente permissiva que dissemina a doutrina da admissão sob qualquer hipótese, administra, por ímpeto, as provas ilícitas. Entretanto, não é a melhor teoria, haja vista a única e demasiada preocupação com a busca à verdade real, ignorando as repercussões jurídicas.

A teoria da admissibilidade *pro reo*, já aplicando o princípio da proporcionalidade, apresenta-se mais criteriosa. Impõe uma restrição a propósito da admissão, que é válida tão somente em favor do réu. Tal corrente é incontestável, o acusado é beneficiado com a exibição probatória, inexistindo qualquer razão plausível para que a admissibilidade, nestas circunstâncias, seja resistida.

A doutrina da admissibilidade em favor do Estado é polemizada. A admissão de prova ilícita também em favor da sociedade não é unanimemente suportada. Na posição de defensor do acusado, é por óbvio que tal teoria será resistida. Inversamente, será abraçada na condição de autor da ação penal, seja ele representante do Ministério Público ou querelante. Sob a condição acadêmica, estudado o universo jurídico como a ciência da justiça, a teoria é extremamente sedutora. No entanto, a admissibilidade da prova ilícita em favor da sociedade não pode perseverar.

Muito embora tal teoria impressione pelo senso de justiça prometido, deve ser repelida para honrar os princípios e valores de primeira grandeza, desencorajando o Estado a ser tão infrator quanto o acusado.

A tese que limita a utilização da prova ilícita apenas em proveito do réu, mas nunca em proveito do Estado, deve prosperar é, pois, em última análise, a adoção do princípio do *favor rei*, verdadeiro postulado do processo penal. É que, o Estado, encorajado pelo *jus puniendi*, não pode, a pretexto de proteger a sociedade, ser incentivado a assumir uma postura transgressora de direitos – vale dizer, por ele mesmo garantidos -, para efetivar o seu poder punitivo.

11 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal**, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ECHANDÍA, H. **Teoría general de las pruebas**. 5 ed. Victor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, Argentina.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini ; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JÚNIOR. Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Tradução da 3ed. 2 Tiragem. Campinas: Bookseller Editora, 1997

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002

OS PENSADORES, Coletânea, São Paulo: Nova Cultural, 1999

PACCELI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 16 ed., São Paulo: Atlas, 2012.

PADRO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Juizados criminais**. São Paulo: Saraiva. 1997

SOUZA, José Fernando Vidal de. **Temas atuais de processo penal**. Campinas: Copola Editora, 1994.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal, sistemas & princípios**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Processo Penal**, v. 1 e 3, 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.